

DIREITO, JUSTIÇA E SOCIEDADE

SERGIO CAVALIERI FILHO

Desembargador do TJ/RJ. Diretor-Geral da EMERJ. Professor da Universidade Estácio de Sá.

I. A FINALIDADE DO DIREITO É A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Direito e Justiça são conceitos que se entrelaçam, a tal ponto de serem considerados uma só coisa pela consciência social. Fala-se no Direito com o sentido de Justiça e vice-versa. Sabemos todos, entretanto, que nem sempre eles andam juntos. Nem tudo que é direito é justo e nem tudo que é justo é direito. Por que isso acontece?

Isso acontece porque a idéia de Justiça engloba valores inerentes ao ser humano, transcendentais, tais como a liberdade, igualdade, fraternidade, dignidade, equidade; honestidade, moralidade, segurança, enfim, tudo aquilo que vem sendo chamado de *direito natural* desde a antigüidade. O Direito, por seu turno, é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural concebido como técnica para a pacificação social e a realização da justiça. Em suma, enquanto a Justiça é um sistema aberto de valores, em constante mutação, o Direito é um conjunto de princípios e regras destinado a realizá-la. E nem sempre o Direito alcança esse desiderato, quer por não ter acompanhado as transformações sociais, quer pela incapacidade daqueles que o conceberam, e quer, ainda, por falta de disposição política para implementá-lo, tornando-se por isso um direito injusto.

Creio ser possível dizer que a Justiça está para o direito como o horizonte está para cada um de nós. Quanto mais caminhamos em direção ao horizonte – dez passos, cem passos, mil passos, - mais ele se afasta de nós, na mesma proporção. Nem por isso o horizonte deixa de ser importante porque é ele que nos permite caminhar. Pois também o Direito, na permanente busca da Justiça, está sempre caminhando, em constante evolução.

II. A CRIAÇÃO DO DIREITO NÃO É OBRA EXCLUSIVA DO LEGISLADOR

É justamente neste ponto que se enquadra a primeira questão que gostaria de destacar. *A criação do Direito não é obra exclusiva do legisla-*

dor, como comumente se pensa e se ensina, mas também, e principalmente, do jurista, do magistrado, do advogado, enfim, de todos os operadores do direito. O que o legislador faz é criar a lei, mas o direito é muito maior que a lei. Mário Moacyr Porto já dizia que a lei não esgota o direito assim como a partitura não esgota a música. A boa ou má execução da música dependerá da virtuosidade do intérprete. O mesmo ocorre no mundo jurídico; não basta conhecer bem a lei para fazer justa aplicação do direito porque a justiça nem sempre estará na lei. O mau operador do direito – advogado ou juiz – transforma uma lei boa em má, ao passo que o bom operador é capaz de dar boa aplicação até a uma lei ruim. Rosah Russomano, em suas **Lições de Direito Constitucional** (1970, p. 302), diz que a “norma jurídica tornar-se-á boa ou má, produtiva ou prejudicial, elogiável ou iníqua, não tanto pelo seu conteúdo específico, porém antes e acima de tudo pela própria interpretação que o magistrado lhe imprimir.” E interpretar, pondero, é criar uma concordância aceitável entre o caso concreto e a justiça.

É aqui que se revela o talento criativo dos grandes e verdadeiros juristas. São aqueles que, tendo sensibilidade para perceberem os anseios da justiça, empenham-se em ajustar o Direito a essas exigências antes mesmo do legislador, idealizando novas fórmulas jurídicas. Buscam a realização da Justiça quando ainda não é ela encontrada na lei. São os verdadeiros artífices do Direito.

A Escola da Exegese, da qual Montesquieu foi o seu precursor, colocava os textos da lei acima de tudo. Ensinava que os juízes deviam seguir a letra da lei, porque esta representava a vontade do povo. Uma interpretação demasiado larga pareceria demonstrar que esta vontade não era clara. Suspeitava-se do juiz, pois este poderia deformar o pensamento do legislador. Essa escola perdeu toda a influência a partir do momento que a sociedade percebeu que o poder judiciário está animado do mesmo espírito democrático do legislador; que os juízes interpretam a lei com o mesmo sentimento de justiça com que fora votada.

De todas as áreas do Direito, a responsabilidade civil é aquela que mais se presta a exemplificar tudo aquilo que até aqui ficou dito. Evoluiu da culpa provada ao risco integral numa marcha acelerada para acompanhar o ritmo das transformações sociais que ocorreram no curso do século passado em consequência do fantástico desenvolvimento tecnológico e científico que nele teve lugar. Passamos, primeiramente, pela flexibilização do conceito e da prova da culpa; evoluímos para a culpa anônima e a culpa contratual,

até chegarmos à responsabilidade objetiva. E nesta, por sua vez, passamos ao risco integral para certos casos, nos quais o próprio nexos causal fica profundamente diluído. Essa enorme evolução da responsabilidade civil, entretanto, não foi obra dos legisladores, mas sim de juristas geniais que, sensíveis aos reclamos da justiça, engendraram fórmulas jurídicas capazes de eliminar o descompasso entre o social e o jurídico.

III. A FINALIDADE DA JUSTIÇA É A TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Se a finalidade do Direito, como enfatizado, é a realização da Justiça, qual seria a finalidade da Justiça? Essa é a segunda questão que gostaria de destacar. A finalidade da Justiça é a transformação social. É a construção de uma sociedade justa, como expressamente previsto no artigo 3º da nossa Constituição.

E o que é uma sociedade justa? A própria Constituição nos responde. É uma sociedade sem preconceitos e discriminação de raça, sexo, cor ou idade; uma sociedade livre, solidária, sem pobreza e desigualdades sociais, na qual a cidadania e a dignidade da pessoa humana estão no topo da pirâmide jurídica. E se assim é, então isso importa dizer que, como operadores do direito, jamais poderemos aplicar o direito de forma a contrariar esta finalidade, ainda que a lei não seja a melhor.

IV. O PROBLEMA DA LEI INJUSTA

Com frequência ouvimos dizer que a questão da lei justa ou injusta é problema do legislador e não do juiz. Quem fez a lei é que tem que responder pelos seus efeitos sociais, positivos ou negativos. Isso não deixa de ser verdade. Mas até que ponto isso exclui a responsabilidade do juiz e dos operadores do direito em geral? Afinal, quem aplica o direito? Quem aplica a lei injusta? O resultado prático e concreto de uma lei só se verifica quando ela é aplicada, e isso não é tarefa do legislador. Logo, assim como a má lei é responsabilidade ética do legislador, a má sentença, a eficácia de vida que dela resulta é responsabilidade ética do juiz. Eis aí o motivo pelo qual não podemos interpretar e aplicar nenhuma lei, qualquer que seja a sua hierarquia, de modo a resultar na indignidade da pessoa humana, na desigualdade social, ou, ainda, no aumento da pobreza, porque isso importaria na negação da própria justiça. E nós, lembremo-nos disso, temos compromisso com o Direito, temos compromisso com a Justiça, e não apenas com a lei. Se a sentença é justa ou injusta isso não é problema do legislador mas sim

do juiz e dos demais operadores do direito, que o ajudaram na elaboração da lei do caso concreto.

Há uma lenda oriental que bem ilustra o que estamos querendo transmitir. Conta-se que numa determinada aldeia as frutas eram muito raras o que levou o Chefe local, um profeta, a estabelecer uma lei determinando que cada pessoa só podia comer uma fruta por dia. A lei foi rigorosamente obedecida por gerações, e a ecologia do local foi preservada. Como as frutas que sobravam davam sementes, outras árvores frutíferas surgiram. Aos poucos aquela região transformou-se num solo fértil, grande produtora de frutas, mas cada pessoa continuava comendo uma só fruta por dia - fiel à lei do antigo profeta -, sem permitir que os habitantes das outras aldeias se aproveitassem da farta produção, embora as frutas apodrecessem no chão. Veio então um novo profeta e quis mudar a antiga lei, mas acabou sendo apedrejado pelo povo.

Por incrível que pareça, isso tem acontecido no mundo jurídico. Em 1929, por exemplo, foi celebrada a Convenção de Varsóvia, cujo artigo 22 estabelece responsabilidade limitada para o transportador aéreo. Assim se estabeleceu naquela época porque a aviação civil era incipiente e os seus riscos enormes. A responsabilidade limitada tinha por objetivo não inviabilizar o transporte aéreo. Acontece que com o desenvolvimento tecnológico e científico o transporte aéreo transformou-se no mais seguro de todos. Conforme números divulgados pela Boeing, para os 18 milhões de vôos comerciais registrados em todo o mundo no ano de 1999, nos quais embarcaram cerca de 1,3 bilhão de pessoas, ocorreram apenas dez acidentes com vítimas fatais. A chance de uma pessoa estar a bordo de um avião que se acidenta é de uma para cada 3 milhões de vezes que ela entra num aparelho. Para alguém completar 3 milhões de vôos, teria de estar a bordo de um jato todos os dias ao longo de 8.200 anos. Pois bem, em 1990, veio uma nova lei, o Código do Consumidor, que estabeleceu responsabilidade objetiva ilimitada para todos os fornecedores de serviços. E como o transportador aéreo é prestador de serviços, está submetido a essa nova lei. Só que essa nova lei, pelos mais variados motivos, não foi aplicada ao transporte aéreo por quase dez anos. Apenas recentemente, em face dos votos brilhantes dos Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ruy Rosado e Costa Leite, o Superior Tribunal de Justiça mudou a sua posição, ainda assim com restrições. Como se vê, o problema da decisão injusta não é do legislador, mas sim dos operadores do direito. Mesmo quando o legislador foi eficiente na elaboração da lei a

sentença pode ser injusta por falta de sensibilidade social do julgador.

V. O PODER TRANSFORMADOR DO DIREITO

A terceira questão a merecer destaque diz respeito ao poder transformador que o Direito tem quando adequadamente elaborado e corretamente aplicado. Neste ponto eu gostaria de transcrever um pensamento que colhi alhures, de grande profundidade. “A idéia de um ordenamento jurídico indiferente aos valores da Justiça, e da lei como estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não mais tem aceitação. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a.”

E já que acabamos de citar o Código do Consumidor, vamos tomá-lo como exemplo desse poder transformador do Direito. Sabemos todos que o CDC é uma lei avançada, ajustada à realidade social – moderna e eficiente – elaborada por juristas competentes (com J maiúsculo). Mesmo assim levou mais de dez anos para começar a produzir o seu efeito transformador da sociedade, graças à lenta conscientização dos operadores do direito – advogados, juízes e tribunais. Lamentavelmente, ainda não chegou em alguns lugares do nosso País. Mas onde chegou e tem sido corretamente aplicado, os efeitos positivos produzidos pelo Código do Consumidor são simplesmente fantásticos. O povo tomou consciência dos seus direitos, da cidadania, e procura em massa os Juizados Especiais. Grandes fornecedores de produtos e serviços, que outrora causavam pequenos prejuízos impune-mente a milhares de pessoas, estão agora se estruturando adequadamente para tratarem os consumidores com dignidade e respeito. Velhas e viciadas estruturas empresariais, voltadas exclusivamente para o lucro, estão se transformando para que possam sobreviver à revolução causada pelo CDC no mundo jurídico empresarial.

A **Revista Veja** de junho do corrente ano (2001) publicou uma reportagem sobre – O FIM DE UM CASAMENTO DE 96 ANOS ENTRE A FORD E A FIRESTONE. A Montadora Ford recolheu e destruiu 13 milhões de pneus da marca Firestone. Assim terminou uma parceria de 96 anos. Em todo o mundo, serão trocados 13 milhões de pneus. No Brasil, 20.000 unidades, mesmo as que ainda estão novinhas, serão moídas e vendidas para recicladoras de borracha ou como combustível para fornos de cimento. Nada poderia ser mais simbólico do desfecho violento de uma das mais antigas parcerias da história da indústria automobilística. A Ford está gastando 3 bilhões de dólares em todo o mundo para queimar os produtos da Firestone,

a empresa que fornecia os pneus para seu célebre modelo T, há 96 anos. Esse é o mais novo capítulo escrito pela sucessão de 174 mortes ocorridas em acidentes com Explorer. Com esse *recall* do *recall*, a fábrica de automóveis espera estancar uma hemorragia que significou prejuízos consideráveis. A empresa arcou com parte do custo de 750 milhões de dólares do *recall* da Firestone. Só no ano passado, os problemas causados pela má qualidade dos veículos custaram à empresa mais de 1 bilhão de dólares.

Isso, que ainda parece uma utopia, só se tornou realidade por força de um novo direito – o Direito do Consumidor - ajustado aos ideais da Justiça.

Outro exemplo, ainda mais eloquente. **O GLOBO** do dia 24 de maio do corrente ano (2001), publicou: “GOVERNO VETA USO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR. País às escuras. Reedição de medida provisória dá superpoderes à Câmara de Energia em caso de ações na Justiça”. “No entendimento do Advogado-Geral da União o Código de Defesa do Consumidor foi criado para regular as relações de consumo em tempo de normalidade, não sendo aplicável na situação atual de escassez de energia elétrica. O Governo argumenta ainda que a lei posterior sempre se sobrepõe à lei anterior, o que daria à nova medida provisória preferência sobre o CDC”.

Ocorre, todavia, que a *defesa do consumidor* é um princípio constitucional estabelecido em cláusula pétrea (CF art. 5º, XXII), o que deveria ser do conhecimento do Sr. Advogado-Geral da União como bom constitucionalista, de sorte que nenhuma lei, quer anterior, quer posterior ao CDC, pode atentar contra esse princípio sem a eiva da inconstitucionalidade. Pois bem, os juristas, a OAB e os consumidores, através dos seus órgãos de defesa, reagiram, obrigando o Governo a recuar. Cinco dias depois **O GLOBO** noticiou: “GOVERNO RECUA E APROVA CÓDIGO DO CONSUMIDOR. Mudança na MP permite uso da lei em ações contra o plano de racionamento”.

Isto, no meu entender, é o maior exemplo do poder transformador de um Direito justo e corretamente aplicado. Alguns anos atrás isto seria uma utopia.

VI. ADEQUAR O DIREITO À JUSTIÇA – OBRA PERENE DO OPERADOR DO DIREITO

Gostaria de encerrar destacando uma quarta questão. Adequar o Direito à Justiça é obra perene do operador do direito, por melhor que seja a lei. E assim é porque, sendo a Justiça, como vimos, um sistema aberto de valores em constante mutação, por melhor que seja a lei, por mais avançada

dos os seus princípios, haverá sempre a necessidade de se engendrar novas fórmulas jurídicas para ajustá-la às constantes transformações sociais e aos novos ideais da Justiça. Não podemos ficar aguardando infinitamente pela inspiração e iluminação do legislador, qualidades estas cada vez mais raras, enquanto os frutos sociais apodrecem, cabendo-nos a tarefa de não-somente propor as mudanças no Direito mas também operacionalizá-las para que não termine por se divorciar da Justiça.

Há um acórdão recente do Superior Tribunal de Justiça que bem ilustra este ponto. Um cidadão comprou em Miami, nos Estados Unidos, uma máquina filmadora da marca Panasonic. Chegando ao Brasil a máquina apresentou defeito, o que o fez procurar o representante da referida marca, mas este se recusou a fazer o conserto porque não havia vendido a máquina nem mesmo a importara. A rigor este, caso não se enquadraria no CDC porque esse Código, no caso de produtos estrangeiros, só responsabiliza o importador. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, por sua Quarta Turma (REsp nº 63.981-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – RSTJ 137/389), entendeu que a defesa do consumidor ficaria prejudicada em face da economia globalizada, de sorte que, reformando acórdão do Tribunal de Justiça de S. Paulo, responsabilizou a **Panasonic do Brasil**. A ementa do acórdão é muito elucidativa:

I. Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso país.

II. O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje “bombardeado” diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

III. Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente

conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

IV. Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

Aproveito este julgado do STJ para reafirmar que se a finalidade do Direito é a realização da Justiça, a finalidade da Justiça é a transformação social; a construção de uma sociedade justa, livre, solidária e fraterna, sem preconceitos, sem pobreza e sem desigualdades sociais. A criação de um direito justo, com efetivo poder transformador da sociedade, entretanto, não é obra apenas do legislador, mas também, e principalmente, de todos os operadores do direito, de sorte que se ainda não temos uma sociedade justa é porque temos falhado nessa sagrada missão de bem interpretar e aplicar o direito.

O que o legislador faz, repetimos, é apenas criar a lei mas esta, por mais ampla que seja, não passa de um capítulo do Direito. “É apenas uma parte do direito, um singelo esqueleto”, na feliz imagem do Prof. Antônio Junqueira de Azevedo, sendo que a “vida a este esqueleto vai ser dada pela doutrina, pela jurisprudência e, principalmente, pelo próprio *espírito do povo*, fonte última da própria lei, da doutrina e da jurisprudência”. Antônio Hermam Benjamim, com sua genialidade, completa o quadro dizendo: “O intérprete não pode sentir a lei sem que, ao mesmo tempo, sinta o mundo que a cerca... Por conseguinte, compete ao intérprete a árdua tarefa de proceder à intelecção da lei em sintonia com as exigências *atuais* do espírito do povo, mesmo que ao fazê-lo tenha que abandonar princípios e conceitos arraigados” (**Com. ao CDC**, Saraiva, 1991, p. 23). O que faz a diferença, em última instância, não é tanto a lei mas sim a cultura jurídica.

No início deste novo século está posto o desafio diante de todos nós: o de nos empenharmos nessa perene tarefa de ajustar o Direito à Justiça a fim de construirmos uma sociedade mais justa e fraterna para os nossos descendentes. Lembremo-nos que o nosso compromisso é com o Direito e a Justiça e não apenas com a lei, e que sem operadores competentes o Direito não passará de uma estrutura formal e a justiça de uma mera utopia. ◆